

University of Groningen

Hoge Raad preciseert 'opzettelijke verzwijging' van artikel 3:194 lid 2 BW

Kolkman, Wilbert; Hoops, Björn

Published in:
Tijdschrift Erfrecht

DOI:
[10.5553/TE/187416812017018003001](https://doi.org/10.5553/TE/187416812017018003001)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Kolkman, W., & Hoops, B. (2017). Hoge Raad preciseert 'opzettelijke verzwijging' van artikel 3:194 lid 2 BW. *Tijdschrift Erfrecht*, 2017(3), 53-57. <https://doi.org/10.5553/TE/187416812017018003001>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Artikel

Hoge Raad preciseert 'opzettelijke verzwijging' van artikel 3:194 lid 2 BW

Prof. mr. W.D. Kolkman en mr. B. Hoops*

1 Inleiding

Een deelgenoot die opzettelijk tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, verbeurt zijn aandeel in die goederen aan de andere deelgenoten, aldus artikel 3:194 lid 2 BW. Deze civielrechtelijke strafbepaling liegt er niet om: de verduisterende deelgenoot verliest (naar wij aannemen: van rechtswege) zijn aandeel in het desbetreffende goed, welk aandeel aanwast bij de overige deelgenoten.

De sanctie van artikel 3:194 lid 2 BW mag zich de laatste tijd in een grote populariteit verheugen. In zijn arrest van 31 maart 2017 heeft de Hoge Raad enkele piketpalen geslagen over deze bijzondere bepaling.¹ Het gaat daarbij met name om de component 'opzettelijk' (waarover in paragraaf 5) en over de vraag tot welk moment een deelgenoot straffeloos tot inkeer kan komen (waarover in paragrafen 6 en 7). Ook de stelplicht en bewijslast spelen veelvuldig een rol bij artikel 3:194 lid 2 BW (waarover in paragraaf 4). We beginnen met een uiteenzetting van de feiten (paragraaf 2), waarna kort iets wordt opgemerkt over de reikwijdte van het artikel (paragraaf 3).

2 Feiten

Op 90-jarige leeftijd overlijdt erflaatster. Het is dan september 2008. Zij heeft in 2000 een testament gemaakt, waarin zij haar zoon (eiser in de procedure bij de Hoge Raad) en haar pleegzoon (verweerder) tot enige erfgenamen benoemt. In een later testament wijst ze haar zoon aan als (enige) executeur.

Bij leven heeft erflaatster een Zwitserse bankrekening met een saldo van ruim € 640.000. Haar zoon is een van de algemeen gevolmachtigden ten aanzien van de rekening. In mei 2008 gaat de zoon naar Zwitserland en hij laat, gebruikmakend van de volmacht, het volledige bedrag overboeken naar een Zwitserse bankrekening van zijn echtgenote en een Zwitserse rekening van hemzelf. De rekening van erflaatster wordt opgeheven. In oktober 2008, dus na het overlijden van erflaatster, deelt de zoon telefonisch aan de pleegzoon mee dat hij niets afweet van een Zwitserse rekening. Ook in zijn hoedanigheid van executeur informeert de zoon de pleegzoon niet over de opheffing van de rekening. Omdat de pleegzoon echter ook beschikt over een algemene volmacht, ontvangt hij in februari 2009 van de bank een bericht dat de zoon de rekening in mei 2008 heeft opgeheven. Wanneer eerstgenoemde de zoon hiermee confronteert, stelt deze dat zijn moeder hem het bedrag heeft geschonken.

De pleegzoon betoogt dat van een schenking geen sprake is geweest, dat het bedrag door erflaatster onverschuldigd aan de zoon is betaald en dat in erflaatsters nalatenschap het vorderingsrecht uit hoofde van onverschuldigde betaling op grond van artikel 3:194 lid 2 BW door de zoon is verbeurd en derhalve nog slechts aan de pleegzoon toekomt.

53

* Prof. mr. W.D. Kolkman is hoogleraar Algemene Rechtswetenschap en Familievermogensrecht RUG en adviseur bij Elan Notarissen. Mr. B. Hoops is promovendus en docent en verbonden aan de vakgroep privaatrecht en notarieel recht van de Rijksuniversiteit Groningen.

1. HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:565.

3 Artikel 3:194 lid 2 BW reeds bij leven?

De verduisteringsbepaling staat in titel 7 van Boek 3 BW, genaamd ‘Gemeenschap’. Zij is van toepassing op de bijzondere gemeenschappen van afdeling 3.7.2 BW, zoals de ontbonden huwelijksgemeenschap en de nalatenschap. In de onderhavige casus is van een dergelijke gemeenschap aanvankelijk nog geen sprake: de zoon ontfutselt € 640.000 aan de moeder terwijl zij nog leeft. Blokkeert dat de werking van artikel 3:194 lid 2 BW? Dan zou de zoon er makkelijk van af komen.

Om artikel 3:194 lid 2 BW op de casus te betrekken is een tussenstap nodig. Het ‘oneerlijke’ kind eigent zich gelden toe, waarvan het weet dat daar geen goede grond voor is. Bij leven had erflaterster terugbetaling kunnen eisen van het kind. Deze vordering uit onverschuldigde betaling gaat bij het overlijden van erflaterster krachtens erfrecht over op de beide erfgenamen. De vordering maakt deel uit van de nalatenschap. Het verzwijgen van dat vermogensbestanddeel van de boedel valt onder de reikwijdte van artikel 3:194 lid 2 BW.²

Zo bezien kan het artikel een nuttig middel zijn ter bestrijding van financieel misbruik van ouderen. Een veelvoorkomend verschijnsel: een van de kinderen neemt de zorg van de ouder(s) op zich en doet dat met verve. De gelegenheid maakt echter de dief. Wanneer de ouder afhankelijker en zwakker wordt, doet het kind een greep uit de kas.³ De andere kinderen ruiken onraad, maar hun probleem is dan dikwijls het rondkrijgen van het bewijs. Daarover thans meer.

4 Bewijs

De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit, zo bepaalt artikel 150 Rv. Het Hof Den Haag oordeelt in hoger beroep dat op de zoon de last rust om te bewijzen dat erflaterster aan hem een schenking heeft gedaan van ruim € 640.000.⁴ Hoe verhoudt zich dit tot artikel 150 Rv? Het is de pleegzoon die stelt dat de zoon de vordering opzettelijk heeft verzwegen. De zoon verweert zich met de stelling dat het bedrag aan hem is geschonken (en dat er dus van verzwijging geen sprake kan zijn). Dient nu de pleegzoon te bewijzen dat er geen schenking heeft plaatsgevonden, of dient de zoon het bestaan van de schenking te bewijzen?

Bij deze vraag speelt in het achterhoofd de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat uit de regel van artikel

150 Rv niet kan worden afgeleid dat de wederpartij de feiten moet bewijzen die zij stelt ter motivering van haar betwisting van de aan het begin van artikel 150 Rv bedoelde feiten.⁵ Vertaald naar de casus: nu de pleegzoon stelt dat er verzwegen is, behoeft de zoon de schenking (die hij stelt ter motivering van zijn betwisting) niet te bewijzen. De bal ligt derhalve bij de pleegzoon, tenzij in afwijking van de hoofdregel tot een andere verdeling van de bewijslast wordt besloten. Dit laatste had de rechtbank met zoveel woorden gedaan: zij keerde de bewijslast om.⁶ Het hof lijkt er daarentegen van uit te gaan dat uit de hoofdregel van artikel 150 Rv volgt dat de bewijslast voor de schenking op de zoon rust.⁷ De Hoge Raad sauveert:

‘3.4.2 Op zichzelf terecht voert het onderdeel aan dat, gelet op de hoofdregel van art. 150 Rv, stelplicht en bewijslast met betrekking tot de feiten en omstandigheden die worden aangevoerd ter toelichting van een beroep op art. 3:194 lid 2 BW, rusten op degene die zich op deze bepaling beroept. (...)’

3.4.3 Het hof heeft dit echter niet miskend. Zijn oordeel moet aldus worden verstaan dat het, met gebruikmaking van de bevoegdheid die de rechter aan het slot van art. 150 Rv is verleend (de “tenzij-bepaling”), aanleiding zag stelplicht en bewijslast om te keren met betrekking tot de tussen partijen omstreden schenking. Dit oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is in de omstandigheden van het onderhavige geval ook niet onbegrijpelijk.’

In bewijsrechtelijk opzicht is tot slot van belang dat de Hoge Raad opmerkt, met een beroep op de wetsgeschiedenis, dat aan het bewijs van het in artikel 3:194 lid 2 BW bedoelde opzet hoge eisen moeten worden gesteld.⁸ Het bestanddeel opzet vraagt om bijzondere aandacht.

5 Opzet

Een onderdeel van de ‘delictsomschrijving’ van artikel 3:194 lid 2 BW is dat een deelgenoot *opzettelijk* tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt. Wij citeren het arrest:

‘3.3.1 Onderdeel 3.1 is gericht tegen hetgeen het hof heeft overwogen in rov. 30–32 van zijn eindarrest. Deze overwegingen luiden als volgt: “30. Voor een beroep op art 3:194 lid 2 BW is opzet vereist, dat wil zeggen dat eiser wist dan wel behoorde te weten dat het onderhavige goed tot de nalatenschap behoorde. (...)”’

3.3.2 De klacht is op zichzelf gegrond. Uit de aard van de onderhavige (zware) sanctie, die een strafkarakter heeft, hetgeen in het systeem van het burger-

2. Zie voor een soortgelijke casus, waarin dit echter niet wordt geëxpliciteerd: Rb. Haarlem 16 november 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BV2110.

3. Zie bijvoorbeeld de casus uit de vorige noot.

4. Hof Den Haag 14 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2195.

5. Vgl. HR 23 oktober 1992, NJ 1992/813 en HR 2 mei 2003, NJ 2003/468.

6. Vgl. Hof Den Haag 14 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2195, r.o. 19.

7. Hof Den Haag 14 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2195, r.o. 26.

8. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1307.

lijk recht uitzonderlijk is, en uit de wetsgeschiedenis, waarin is vermeld dat (de sanctie van) de bepaling slechts geldt als de deelgenoot wist dat de goederen tot de gemeenschap behoorden (Parl. Gesch. Boek 3, p. 630), volgt dat het in art. 3:194 lid 2 BW bedoelde opzet niet reeds kan worden aangenomen indien de desbetreffende deelgenoot (niet wist, maar wel) behoorde te weten dat het verzwegen goed tot de gemeenschap behoorde.’

Opzet is een criterium dat in het strafrecht vaker wordt gebruikt dan in het burgerlijke recht. Het burgerlijke recht hanteert ook geen eigen opzetbegrip en zoekt in de regel aansluiting bij het strafrecht in dit opzicht.⁹ Voor de beoordeling van dit arrest van de Hoge Raad moet daarom ook de strafrechtelijke dogmatiek worden betrokken. Opzet ten aanzien van een feit is het willens *en* wetens teweegbrengen van dat feit. Als een persoon alleen *behoort* te weten (dus niet weet) dat zijn gedraging dat feit teweeg zou brengen, kan nooit sprake zijn van opzet. Hij wist immers niet dat hij dat feit teweeg zou brengen en om die reden ontbreekt ook de wil. Iets behoren te weten duidt in het strafrecht dan ook op culpa (of ‘schuld’).¹⁰ Het hof heeft derhalve een verkeerde maatstaf gehanteerd en de Hoge Raad heeft terecht gecasseerd.

In overeenstemming met de wetsgeschiedenis¹¹ heeft de Hoge Raad vastgesteld dat voor opzet is vereist dat de deelgenoot *weet* dat het verzwegen of verborgen goed tot de gemeenschap behoorde. Volgens de strafrechtelijke dogmatiek zou dit betekenen dat artikel 3:194 lid 2 BW ten minste een zekerheidsbewustzijn eist ten aanzien van het onttrekken van het goed aan de gemeenschap:¹² de deelgenoot weet dat het goed toebehoort aan de gemeenschap en daarom weet hij ook met absolute zekerheid dat hij een goed onttrekt aan de gemeenschap als hij het goed verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt. Dit betekent dat een beroep op artikel 3:194 lid 2 BW kan opgaan indien de deelgenoot kennis heeft genomen van de boedelbeschrijving of op een andere manier op de hoogte is van het feit dat het goed toebehoort aan de gemeenschap. Als de deelgenoot het oogmerk heeft om het goed te onttrekken aan de gemeenschap, is dat vanzelfsprekend ook voldoende.

Dit arrest betekent echter ook dat voorwaardelijk opzet onvoldoende is voor een beroep op artikel 3:194 lid 2 BW. Als er een aanmerkelijke kans is dat het goed toebehoort aan de gemeenschap en de deelgenoot het goed desondanks verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, heeft de deelgenoot weliswaar voorwaardelijk opzet ten aanzien van het onttrekken van het goed aan de gemeenschap, maar zijn handelen valt niet onder artikel 3:194 lid 2 BW. Dit kan voorkomen vóór het opmaken van de

boedelbeschrijving indien het waarschijnlijk, maar niet duidelijk is dat het goed in de gemeenschap valt, of het onduidelijk is dat er überhaupt sprake is van een gemeenschap.

Met deze beslissing tegen het voorwaardelijk opzet heeft de Hoge Raad voor de twee (vanuit het perspectief van de gemeenschap) meest strikte van drie varianten gekozen die in de lagere jurisprudentie zijn gehanteerd: oogmerk¹³ en opzet zonder voorwaardelijk opzet¹⁴ zijn voldoende, terwijl voorwaardelijk opzet en behoren te weten¹⁵ niet aan het opzetvereiste voldoen. Deze keuze benadrukt dat de bepaling een strafkarakter heeft en alleen moet worden toegepast wanneer de deelgenoot een zeer afkeurenswaardige geestesgesteldheid heeft vertoond.

Was het ook verdedigbaar geweest het voorwaardelijk opzet als voldoende te beschouwen? Artikel 3:194 lid 2 BW zou de deelgenoten dan nog meer aansporen om zorgvuldig met goederen van de gemeenschap om te gaan. Vals spel wordt zo wellicht in de kiem gesmoord. Aan de andere kant lijkt deze restrictieve interpretatie van het opzetvereiste door de Hoge Raad meer wenselijk in het licht van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM. Immers, de toepassing van artikel 3:194 lid 2 BW heeft tot gevolg dat aan de deelgenoot een vermogensbestanddeel volledig wordt ontnomen. Een ontneming kan alleen maar door de beugel van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM indien de ontneming een publiek belang dient en blijk geeft van een billijke afweging tussen het algemeen belang bij de ontneming en de schade die wordt aangebracht aan de deelgenoot. Het EVRM kent de staat een brede beoordelingsvrijheid toe bij het toepassen van deze vereisten. Ondanks deze marginale toetsing zijn er enkele aspecten die de regeling van artikel 3:194 lid 2 BW verdacht maken: een regeling die primair de vermogensbelangen van bepaalde particulieren dient; de *volledige* ontneming van een vermogensbestanddeel; geen verplichte rechterlijke tussenkomst; en geen (gedeeltelijke) schadeloosstelling.¹⁶ Indien voorwaardelijk opzet voldoende zou zijn voor de toepassing van artikel 3:194 lid 2 BW, zou het niet zijn uitgesloten dat het huidige artikel 3:194 lid 2 BW blijk geeft van een onbillijke afweging. Door voorwaardelijk opzet onvoldoende te achten benadrukt de Hoge Raad het publiek belang bij het tegengaan van een afkeurenswaardige geestesgesteldheid bij de benadeling van deelgenoten in een gemeenschap. Deze oplossing verzekert onzes inziens een billijke afweging.

9. Zie bijvoorbeeld in het kader van het verzekeringsrecht: Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/456.

10. Machielse, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, Wetboek van Strafrecht, nrs. 6.4 en 6.7.

11. Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 630.

12. Machielse, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, Wetboek van Strafrecht, nr. 2.

13. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 5 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW7896, r.o. 4.9.

14. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 31 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN9598, r.o. 4.32.

15. Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 14 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2195, r.o. 30.

16. De laatste twee elementen zijn bijvoorbeeld wél aanwezig in de uitsluiting van art. 2:336 BW.

6 Inkeer en herstel (I)

Kan een verzwijgende deelgenoot op enig moment tot inkeer komen en, door melding van het bestaan van het goed, de straf van artikel 3:194 lid 2 BW ontlopen? Mede gelet op het gewicht van de sanctie zal deze vraag in vrijwel ieder verduisteringsgeschil opdoemen. De ‘aanvankelijk oneerlijke’ deelgenoot zal graag willen betogen dat hem uiteindelijk geen blaam treft, wanneer hij alsnog openheid van zaken betracht. In navolging van het cassatiemiddel gaat de Hoge Raad in twee stappen in op deze mogelijkheid van inkeer.

De Hoge Raad trekt allereerst een parallel met zijn arrest van 4 december 2015, over artikel 1:135 lid 3 BW.¹⁷ Deze bepaling staat in de regeling van de verrekenbedingen en betreft het verzwijgen, zoek maken of verborgen houden van een goed dat tot te verrekenen vermogen behoort. We laten de Hoge Raad uitgebreid aan het woord:

‘3.5.1 Onderdeel 3.5 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 30 dat het feit dat eiser [de zoon, schr. dezes] later tot inkeer is gekomen en de vordering heeft gemeld aan verweerder [de pleegzoon, schr. dezes], de sanctie van art. 3:194 lid 2 BW niet doet vervallen. Het hof heeft dit oordeel gemotiveerd met de overweging dat eiser heeft geprobeerd op enig moment de vordering buiten de verdeling te houden. Volgens de eerste klacht van het onderdeel is dit oordeel onjuist, of onbegrijpelijk gemotiveerd.

3.5.2 Met betrekking tot de sanctie van art. 1:135 lid 3 BW – welke bepaling ziet op het verzwijgen, zoek maken of verborgen houden van een goed dat tot te verrekenen vermogen behoort – heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3475, NJ 2016/15 geoordeeld dat blijkens de tekst van en toelichting op die bepaling pas een beroep op de sanctie kan worden gedaan nadat verrekening heeft plaatsgevonden. Dit houdt mede verband met de omstandigheid dat het hier gaat om niet-gemeenschappelijke vermogensbestanddelen, waarvan het bestaan voor de vermogensrechtelijke verhouding tussen de betrokkenen pas relevant wordt in het kader van een eventuele verrekening.

Met betrekking tot een goed dat behoort tot een gemeenschap als bedoeld in afdeling 3.7.2, geldt evenwel dat ieder verzwijgen, zoek maken of verborgen houden daarvan tot toepasselijkheid van de sanctie van art. 3:194 lid 2 BW leidt, ook als nog geen verdeling heeft plaatsgevonden, zoals blijkt uit het volgende citaat uit de wetgeschiedenis:

“zij [de oneerlijke deelgenoten] behoren ook voor de tijd dat de gemeenschap nog niet verdeeld is, hun medezeggenschap in het beheer en hun participatie in het gebruik en in de vruchten van de goederen verspeeld te hebben.” (Parl. Gesch. Boek 3, p. 630).

Dit strookt met de strekking van de onderhavige bepaling om oneerlijk gedrag van de deelgenoten tegenover elkaar te ontmoedigen. In rechtsverhoudingen als waarop de bepaling betrekking heeft, zijn zij immers in de regel in hoge mate afhankelijk van de juistheid en volledigheid van de over en weer door hen verschaft inlichtingen omtrent het bestaan van tot de gemeenschap behorende goederen.

3.5.3 Het bestreden oordeel moet aldus worden verstaan dat het hof van oordeel was dat eiser te laat tot inkeer is gekomen, in die zin dat hij het bestaan van de onderhavige vordering pas aan verweerder heeft meegedeeld nadat de verzwijging als in art 3:194 lid 2 BW bedoeld, al had plaatsgevonden. Dit oordeel geeft in het licht van hetgeen hiervoor in 3.5.2 is overwogen, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is evenmin onbegrijpelijk gemotiveerd, aangezien het klaarblijkelijk erop is gebaseerd dat eiser in het telefoongesprek van oktober 2008 tegen beter weten in het bestaan van de nummerrekening voor verweerder heeft verzwegen en zich naderhand op het standpunt heeft gesteld dat het saldo van die rekening door erflaatster aan hem was geschonken, een en ander met het opzet het desbetreffende bank-saldo buiten de verdeling te houden.’

Kort gezegd: eens verzwegen, altijd verzwegen. De Hoge Raad toont weinig coulance met de malverserende deelgenoot. Hier geldt een begrijpelijk verschil tussen enerzijds de verrekenende (ex-)echtgenoten en anderzijds de deelgenoten in een nalatenschap (of een ontbonden huwelijksgemeenschap).¹⁸ In de verbintenisrechtelijke situatie van het verrekenbeding hebben de betrokkenen vóór het daadwerkelijke verrekenen in beginsel niets te maken met elkaars goederen. Eerst ten tijde van de verrekening wordt het van belang welke goederen tot het te verrekenen vermogen behoren, en voor welke waarde. In de goederenrechtelijke situatie van artikel 3:194 lid 2 BW daarentegen zitten de deelgenoten vanaf het begin in hetzelfde schuitje. Zij zijn vanaf het ontstaan van de gemeenschap mederechthebbenden. Het belang van de ‘onwetende’ deelgenoot is direct aanwezig: ten aanzien van de gemeenschappelijke goederen geldt meteen een gezamenlijke beheersbevoegdheid, een recht op vruchten en andere voordelen, enzovoort.

Uit het arrest blijkt helder dat ook vóór de opstelling van een boedelbeschrijving of vóór de verdeling een verzwijgen in de zin van artikel 3:194 lid 2 BW kan plaatsvinden. Dat lid 1 van hetzelfde artikel over de verdeling en boedelbeschrijving gaat, maakt dit niet anders. Ver-

17. HR 4 december 2015, NJ 2016/15, RFR 2016/30.

18. Zie ook Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/495, over het ontstaan van de verrekeningsverplichting in het licht van het in de vorige noot genoemde arrest.

zwijgen is mogelijk op enig moment na het ontstaan van de gemeenschap.¹⁹

Daarbij komt naar onze mening weinig relevantie toe aan de wetenschap van de andere deelgenoten omtrent het bestaan van het goed.²⁰ Biemans betoogt dat indien de andere deelgenoot ook wist van het goed, van verzwijging als zodanig geen sprake kan zijn; het is immers niet mogelijk om iets te verzwijgen als de andere deelgenoot daarvan weet. Artikel 3:194 lid 2 BW dient dan toepassing te missen, aldus Biemans.²¹ In onze optiek kan de straf op zoekmaken, verborgen houden en verzwijgen echter ook gelden ten aanzien van goederen waarvan de andere deelgenoot het bestaan kent. Denk aan de Zwitserse bankrekening in het onderhavige arrest.

7 Inkeer en herstel (II)

De tweede stap heeft betrekking op ‘herstel’. Voor de hand ligt dat met deze term wordt bedoeld op rechtzeten nadat het bedrog ontdekt is. In zoverre verschilt herstel van inkeer. Bij inkeer handelt de verzwijger geheel uit eigen beweging, niet als reactie op de overige deelgenoten. Wat hiervan ook zij, de Hoge Raad is voor herstel even onverbiddelijk als voor inkeer:

‘3.6.1 Het onderdeel klaagt in de tweede plaats dat het hof heeft miskend dat een verzwijging in de zin van de onderhavige bepaling nadien nog kan worden hersteld, met als gevolg dat de sanctie van de onderhavige bepaling dan komt te vervallen.

3.6.2 Het onderdeel berust op een onjuiste rechtsopvatting en faalt daarom. De wettekst biedt aan deze opvatting geen steun. Voorts wijzen de wetsgeschiedenis en de strekking van de onderhavige bepaling (zie hiervoor in 3.5.2) in andere richting; als een eenmaal plaatsgevonden verzwijging in de zin van deze bepaling naderhand zou kunnen worden hersteld met het daaraan door het onderdeel verbonden rechtsgevolg, zou immers niet of nauwelijks meer sprake zijn van een ontmoediging van oneerlijk gedrag waarvan afschrikwekkende werking uitgaat. Het vorenstaande neemt niet weg dat onder bijzondere, door de partij die haar aandeel in het desbetreffende goed in beginsel heeft verbeurd te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden een beroep op deze bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (art. 6:2 lid 2 BW). Daarop is in deze zaak evenwel geen beroep gedaan.’

Het zou de functie van artikel 3:194 lid 2 BW volledig ondergraven, wanneer ruimhartiger van een herstelmogelijkheid gebruik mocht worden gemaakt. De frauduleuze deelgenoot een terme de gr^âce gunnen ter redressering staat haaks op de strekking van de bepaling. De enige uitweg – als altijd – is een beroep op de onaanvaardbaarheidsexceptie van artikel 6:2 lid 2 BW. In dat geval is echter de partij die haar aandeel in het goed in beginsel heeft verbeurd aan zet: op deze rust de stelplicht en de bewijslast.

8 Slot

De bijzondere strafbepaling van artikel 3:194 lid 2 BW roept talrijke interessante vragen op, waarvan de Hoge Raad er in zijn arrest van 31 maart 2017 enkele van een duidelijk antwoord voorziet. Met name over opzet en inkeer wordt klare wijn geschonken. Gelet op haar populariteit is het niet ondenkbaar dat binnen afzienbare tijd meer arresten zullen volgen over de verbeurtebepaling.

19. Anders: B. Breederveld, *De huwelijksgemeenschap bij echtscheiding* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 410 en J.W.A. Biemans, *Het beroep op verzwijging ex art. 3:194 lid 2 BW bij de verdeling van bijzondere gemeenschappen*, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2016/10, p. 255-256, die strikt aansluit bij de boedelbeschrijving. Hij acht de bepaling alleen van toepassing als de verdeling vooraf wordt gedaan door een boedelbeschrijving.

20. In gelijke zin Hof ‘s-Hertogenbosch 24 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH8197.

21. Biemans 2016, p. 255.